Die Verpflichtungen aus dem Darlehnsvorvertrag und die Folgen ihrer Nichterfüllung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

genehmigt

von der Hohen Juristischen Fakultät

der

Georg August-Universität zu Göttingen.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Vorgelegt von

Ludwig von Berswordt

aus Sürth a. Rhein.

Promoviert am 12. Mai 1920.

BONN 1920

Druck von Hch. Ludwig, Spezialdruckerei für Dissertationen.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Georg August-Universität zu Göttingen.

Berichterstatter:
Herr Geheimer Justizrat Professor Dr. Oertmann.

Dem Andenken
meines lieben Vaters.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung:

Aufgabe und Methode der Abhandlung.

Kapitel I:

§ 1: Der Vorvertrag.
§ 2: Wesen des Darlehnsvorvertrages.
§ 3: Ein- oder Gegenseitigkeit des Darlehnsvorvertrages?

Kapitel II:

Die Verpflichtungen aus dem Darlehnsvorvertrag und die Folgen ihrer Nichterfüllung.

Vorbemerkung:

§ 4: Der Anspruch auf Hingabe des Darlehns.
§ 5: Der Anspruch auf Annahme des Darlehns.

Literatur.

Adler. „Realkontrakt und Vorvertrag" in Jherings J. 1892.

Arnold. „Kultur und Rechtsleben" 1875.

Blum. „Darlehen und Darlehnsvorvertrag". Diss. Erlangen 1912.

Brinz. Lehrbuch der Pandekten, Bd. I, 2. Abtlg. 2. Aufl. 1860.

Cosack. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I, 6. Aufl. 1913.

Crome. System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II 1902.

— Die partiarischen Rechtsgeschäfte. 1897.

Degenkolb. Zur Lehre vom Vorvertrag, ArchZivPrax. Bd. 71, 1887.

Dernburg. Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens. II. Bd., 1. Abtlg. 4. Aufl. 1909; 2 Abtlg., 3. Aufl. 1906.

— Pandekten, 7. Aufl. 1903.

Eck. Vorträge über das Recht des BGB. Bd. I, 1. u. 2. Aufl. 1903.

Endemann. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd., 6.—8. Aufl. 1912.

Förster-Eccius. Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. 1888.

Goldmann-Lilienthal. Das Bürgerliche Gesetzbuch, I. Bd., 2. Aufl. 1903.

Hellwig-Oertmann. System des deutschen Zivilprozeßrechts, II. Teil 1919.

Hilse. „Widerruf eines Darlehnsversprechens auf Hypothek" in BlRechtspfl. im Bezirk des KG. 1909 Nr. 5.

Hoeniger. Zum „Vereinbarungsdarlehen" im ArchBürgR. Bd. 33, Heft 2, 1909.

Kohler. „Das Konsensualdarlehen im ArchBürgR. Bd. 2, 1889.

— „Das Vereinbarungsdarlehen" im ArchBürgR. Bd. 33, 1909.

Lübbert. „Der Kreditvertrag" in Jherings J. Bd. 16, 1907.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtl. Ausg.

Oertmann. Recht der Schuldverhältnisse 3./4. Aufl. 1910.

Puchta. Vorlesungen über das heutige römische Zivilrecht, herausg. v. Rüdorff, 1854.

Rath. „Vorverträge nach dem BGB." Erl. Diss. 1905.

Planck. Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II. Bd., 3. Aufl. 1906.

Regelsberger. Nachschrift zu Lübbert: „Der Kreditvertrag" in Jherings J. Bd. 16, 1907.

Reichsgerichtsentscheidungen im Text mit näheren Angaben zitiert.

v. Schey. Obligationsverhältnis des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. I, Das Darlehen, 1890.

Schönberg. Handbuch der politischen Oekonomie, 4. Aufl.

Schweizerisches Obligationenrecht v. 30. März 1911. Amtl. Ausg.

Schlossmann. „Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte", in Jherings J. Bd. 45, 1903.

Staudinger. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 1909.

Storch. Der heutige, insbesondere der landesrechtliche Darlehnsvertrag, 1878.

Strzybny. „Das Wesen des Baugeldervertrages", Diss. Breslau 1909.

Thoel. Handelsrecht, 4. Aufl.

Warschauer. Tatbestand des Annahmeverzuges nach gemeinem Recht und dem BGB. 1902.

Windscheid-Kipp. Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 9. Aufl. 1906.

Wommelsdorff-Friedrichsen. „Vorverträge und Realkontrakte", Diss. Jena 1909.

EINLEITUNG.

Aufgabe und Methode der Abhandlung.

Die nachfolgende Darstellung hat sich zur Aufgabe gestellt, die Verpflichtungen aus dem Darlehnsvorvertrag und die Folgen ihrer Nichterfüllung zu erörtern. Es bedarf eines einleitenden Hinweises auf den methodischen Weg, der zum Ziele führen soll!

Versteht man unter einer wissenschaftlichen Methode den bewußten Weg zum bewußten Ziele, so bedeutet das in unserem Falle, daß zunächst in einem ersten Paragraphen der ersten Kapitels der Begriff und die Wesensnatur des Vorvertrages an sich klar gestellt wird. In einem zweiten Paragraphen ist sodann der Uebergang zum eigentlichen Thema gegeben, daß nunmehr das Wesen des Darlehnsvorvertrages in seinen rechtlichen Eigentümlichkeiten zu ergründen ist, insonderheit ist hierbei das Problem der Ein- oder Gegenseitigkeit des Darlehnsvorvertrages aufzurollen (§ 3).

Ein zweites Kapitel hat sodann im einzelnen die Verpflichtungen aus dem Darlehnsvorvertrage und die Folgen ihrer Nichterfüllung klarzulegen.

Es bedarf noch in dieser einleitenden Vorbemerkung eines Wertes der Rechtfertigung, warum in dieser Arbeit nur vom Gelddarlehn, aber nicht auch vom Naturaldarlehn die Rede ist. Lediglich Zweckmäßigkeitsgründe sind für diese Begrenzung des Themas maßgebend gewesen, denn einmal regt § 607 BGB. in seiner Formulierung „wer Geld oder andere vertretbare Sachen . . ." zu dieser Begrenzung an, sodann sind Gelddarlehen im Zeitalter der Geld und Kreditwirtschaft die in erdrückender Mehrheit

vorkommenden, letztens finden auf Naturaldarlehen genau dieselben Rechtsgrundsätze Anwendung, sodaß also in diesem Sinne das Gelddarlehn gewissermaßen als pars pro toto gelten kann.

KAPITEL I.

§ 1. Der Vorvertrag.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Lehre vom Vorvertrage unberücksichtigt gelassen. Thoel welcher den Ausdruck „Vorvertrag" zuerst anwendet [1]), bezeichnet denselben als einen Vertrag vor einem Vertrag, d. h. einen Vertrag dahin geschlossen, daß ein Vertrag geschlossen werden solle, also einen gegenwärtigen Vertrag, welcher einen künftigen verspricht. „Diese Definition Thoels ist aber nicht erschöpfend genug. Nicht ersichtlich ist vor allen Dingen, welche Verpflichtungen die pacta de contrahendo im Gefolge haben, eine Frage, die praktisch von größter Bedeutung ist. Hier ist die Schrift Degenkolbs „Zur Lehre vom Vorvertrag" [2]) hervorzuheben, der das Wesen des Vorvertrages eingehend würdigt, sodaß seine Darstellung für die Wissenschaft als grundlegend anzusehen ist. Klar und deutlich bringt er hier zum Ausdrucke, daß dem Vorvertrage nicht die Eigenheiten gewöhnlicher Verträge anhaften, daß er nicht so sehr als ein besonderer Vertrag sui generis anzusehen sei, sondern vielmehr sich durch seinen allgemeinen Inhalt von anderen Verträgen unterscheide. Der Kern des Vorvertrages liege in den Verpflichtungen einer jeden Partei auf das Mitwirken zum Abschluß des künftigen Vertrages [3]). Nicht aber beziehe

---

1) Thoel, „Handelsrecht", Bd. I, § 62. Anm. 1.
2) Degenkolb, S. 8 ff.
3) Degenkolb, S. 17.

sich die Verpflichtung auch schon auf Leistung selbst. Dies sei erst ein Erfordernis des später abzuschließenden Hauptvertrages. Der Vorvertrag muß also dem Hauptvertrage vorangehen. Er ist demnach ein selbständiger Vertrag, dessen Wirksamkeit nicht etwa von dem Zustandekommen des Hauptvertrages abhängt. Wäre letzteres Bedingung, so wäre der Vorvertrag überhaupt nicht als Vertrag anzusehen, da es unvollständige Verträge im Rechtssinne nicht gibt[1]).

Wie schon eingangs betont, hat der einseitige oder zweiseitige Vorvertrag, woraus ein Anspruch auf Mitwirkung zum künftigen Abschluß des in Aussicht genommenen schuldrechtlichen Hauptvertrages entsteht, wenn aus sein em Inhalte der Inhalt des Hauptvertrages bestimmbar und regelmäßig die für den Hauptvertrag erforderliche Form gewahrt ist, im BGB. eine besondere Regelung nicht erfahren. Es ist deshalb die Frage aufgeworfen worden, ob Vorverträge sich mangels einer gesetzlichen Regelung und Erwähnung als besonderes Rechtsinstitut auf alle beliebigen Geschäfte erstrecken können, mag es sich um dingliche, familien- oder erbrechtliche Verträge handeln.

Zweifellos ist das Hauptanwendungsgebiet der Vorverträge auf das Schuldrecht beschränkt, und es steht nicht etwa ein dinglicher Vertrag und der auf Abschluß gerichtete Schuldvertrag im Verhältnis von Haupt- und Vorvertrag[2]), im übrigen aber ist m. E. die Frage zu bejahen.

Besonders im Familienrecht sind zwei Fälle von wirklichen Vorverträgen anzuerkennen: einmal der zum Abschluß eines Ehevertrages verpflichtende Vorvertrag, der naturgemäß dann auch die Form des Ehevertrages aufweisen muß[3]), dann vor allem aber das „Verlöbnisversprechen". Vom Verlöbnis begrifflich zu scheiden ist nämlich das Verlöbnisversprechen, das den Charakter eines zum Ver-

1) Degenkolb, S. 26.
2) Vgl. ERG. 48, 135; 50, 84; 54, 146.
3) Vgl. ERG. 48, 186; 68, 322 ff.

löbnisabschluß verpflichtenden Vorvertrages hat und mangels besonderer gesetzlichen Regelung nach Analogie des § 1297 BGB. zu handhaben ist; also ebensowenig wie das Verlöbnis eine durch Klage erzwingbare Verpflichtung zur Eheschließung, ebensowenig erzeugt das Verlöbnisversprechen eine klagbare Verpflichtung zum Verlöbnis. Die beiden Kontrahenten des Verlöbnisversprechens, oder, wie man sie wohl zu bezeichnen pflegt, die nur „Versprochenen" sind keineswegs Verlobte im Rechtssinne, sodaß die über das Rechtsinstitut „Verlöbnis" handelnden §§ 1298 bis 1302 unanwendbar sind; insbesondere entfällt die praktisch leicht bedeutsamste Anwendung des § 1300 BGB.

Dem Vorvertrage verwandt sind die sog. Punktationen und Traktate. Während man unter Punktationen die schriftliche Fixierung der einzelnen Vertragspunkte versteht, sind Traktate die dem Vertragsschlusse vorausgehenden vorläufigen Besprechungen, die die Herbeiführung eines Vertragsschlusses erst bezwecken. Mit diesen Gebilden hat aber der Vorvertrag nichts gemein, dessen Hauptzweck ja darin besteht, die Parteien zu verpflichten. Punktationen und Traktate hingegen erzeugen keine rechtliche Verbindlichkeit. Das darin Zugestandene kann von jeder Partei nach Belieben zurückgezogen werden [1]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch wird von dem Prinzp der Formenfreiheit beherrscht. Nur in den vom Gesetze bezeichneten Fällen verlangt es die Einhaltung einer bestimmten Form. Demnach wäre der Vorvertrag an keine Form gebunden. Hieraus ergäbe sich die Möglichkeit, durch einen formlosen Vorvertrag die Verpflichtung zur Eingehung eines an eine Form gebundenen Hauptvertrages hervorzurufen. Dies kann aber unmöglich dem Zwecke des Gesetzes, das damit seine Umgehung selbst zuließe, entsprechen, was uns zu der Annahme berechtigt, daß der Vorvertrag der Form des Hauptvertrages bedarf [2]).

1) Vergl. Staudinger, § 154 Abs. 7.
2) Cosack, I. Bd. § 82 II, 2.

Obwohl das Gesetz die Bezeichnung „Vorvertrag" nicht kennt, so sind doch die Vorverträge im praktischen Leben von nicht geringer Bedeutung. Sie kommen sowohl bei Real- als auch bei Konsensualkontrakten vor. Der Gedanke liegt hier nahe, daß Vorverträge für Verträge konsensualer Natur überflüssig seien, da diese durch den Konsens bereits abgeschlossene Verträge sind und deshalb keiner Vorverträge mehr bedürfen. Zwar bilden sie auch hier die Ausnahme, jedoch sind sie aus praktischen Gründen immerhin denkbar, sei es z. B., daß die Kontrahenten den Hauptvertrag noch nicht abschließen wollen, sich aber binden wollen, daß der Abschluß sicher gestellt ist [1]).

Anders bei den Realkontrakten. Da deren Wirksamkeit nicht vom Konsens, sondern von dem Hinzukommen eines tatsächlichen Vorganges abhängig ist, so dürfte das Vorkommen von Vorverträgen hier wohl die Regel sein.

§ 2. Wesen des Darlehnsvorvertrages.

Vorverträge sind also sowohl bei Realverträgen, als auch bei Konsensualverträgen, anzunehmen. Wir kommen hier der Frage näher, welches der Inhalt und die Bedeutung des Darlehnsvorvertrages ist. Gibt es überhaupt einen besonderen Darlehnsvorvertrag? Der Schlüssel zu dieser Frage liegt in der Entscheidung, ob man das Darlehn selbst als Real- oder Konsensualkontrakt auffaßt. Es ist dies eine Streitfrage, die schon jahrzehntelang die Juristenwelt beschäftigt, und die nach den verschiedensten Seiten ihre Beantwortung findet. Wie oben dargelegt, ist der Dahrlehnsvorvertrag ein Vertrag, in dem die eine Partei der anderen die Zusage eines Darlehns zu einem späteren Zeitpunkte macht. Während man nun auf der einen Seite in dem Darlehnsvorvertrag einen bereits abgeschlossenen Hauptvertrag erblickt, erscheint er vom anderen Standpunkt aus

1) Erl. Diss. von Rath, 1906 S. 25.

als ein Vorvertrag mit dem Zweck, den Hauptvertrag erst vorzubereiten.

Die Vertreter der ersten Richtung sind also der Auffassung, daß das Darlehn konsensualen Charakters sei. Notwendigerweise müssen sie daher gegenüber diesem konsensualen Dahrlehn die Möglichkeit eines pactum de mutuo dando leugnen. So z. B. Förster[1]), wenn er sagt: „Dadurch, daß die römischen Realkontrakte Konsensualverträge geworden sind, erhält das nach römischem Rechte beiseite stehende pactum de mutuo dando eine andere Beziehung zum Darlehen; es entsteht zwischen beiden das Verhältnis wie zwischen Vertragsschluß und Vertragserfüllung".

Man geht dabei auf das römische Recht zurück, wo das an und für sich formlose Dahrlehnsversprechen erst dann Klagbarkeit erlangte, wenn eine causa civilis, nämlich ein Literal-, Verbal- oder Realkontrakt hinzutrat. Hieraus ergebe sich, daß die „res" lediglich ein Erfordernis für die „Form" des Rechtsgeschäftes gewesen sei, die zum formlosen consensus der Parteien hinzutreten mußte, um ihm zivilrechtliche Gültigkeit zu verleihen[2]). Erst im späteren Recht, als das Prinzip der Formfreiheit zur Geltung gelangte, genügten formlose Versprechungen zur Begründung einer klagbaren Obligation. Seitdem gebe es keine Realkontrakte mehr, da zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes der bloße Consens genüge und die res nicht mehr in Betracht komme.

Eigentümlicherweise ließ man bestimmten Kontrakten die Natur der Realkontrakte. Die bekannten Realkontrakte, so sagte man, seien Verträge auf Rückgabe, bei denen Hingabe einer „res" unbedingt Voraussetzung ihrer Klagbarkeit sei. Bei ihnen könne die „res" nicht hinweggedacht werden. Deshalb seien sie Realkontrakte geblieben.

---

1) Förster-Eccius, Bd. II, S. 277.
2) siehe Lübbert, S. 332 ff.

Also doch noch Realkontrakte zu einer Zeit, wo Verträge an keine Form mehr gebunden sind! Diese Tatsache beweist zur Genüge, daß die „res" hier nur als materieller Bestandteil des Vertragsschlusses, als „Qualitätserfordernis" in Betracht kommt, mag auch zugegeben werden, daß im römischen Recht die res formelles Existenzerfordernis war. Auch die herrschende Meinung verkennt nicht die materielle Bedeutung der res [1]). Dies berechtigt uns zu dem Schluß, daß — mit gewissen Ausnahmen — Obligationen, besonders die benannten Realkontrakte auf Grundlage der res abgeschlossen werden, und daß kein Grund vorliegt, sie durch Konsens entstehen zu lassen.

Auch Brinz, der das Verdienst hat, als Erster sich mit dem Wesen der Realkontrakte eingehend befaßt zu haben, teilt diese Auffassung. Seine Ausführungen, die hauptsächlich dogmatischer Natur sind, gipfeln in dem Satze: „Nichts steht im Wege, daß die Parteien sich anders, als auf Grundlage einer „res" nicht obligieren mögen. Allen entgegengesetzten Theorien zum Trotz bestehen denn die Realkontrakte fort, die ungenannten wie die genannten" [2]). Während also Brinz bei der Frage, ob Real- oder Konsensualvertrag vorliege, den Willen der Parteien für ausschlaggebend hält, und in der Hingabe die Enstehung der Rückgabeverpflichtung erblickt, ist nach der Konsensualkontraktstheorie die Entscheidung darin zu suchen, ob Einigung und Übergabe zusammenfallen oder nicht. Treffe ersteres zu, so sei Realvertrag vorhanden, gehe jedoch die Einigung vorher, so sei der Vertrag konsensualer Natur. Dieser Ansicht ist Kohler. Die rechtliche Möglichkeit eines Darlehnsversprechens als eines besonderen vom Darlehn selbst verschiedenen Rechtsgeschäftes wird von ihm und seinen Anhängern geleugnet [3]). Nach ihnen erfolgt die

1) Puchta, Vorlesungen Bd. II, § 250: „Die res ist kein formelles, sondern materielles Erfordernis des Vertrages".

2) Brinz, Pand. II. Aufl. § 248 S. 138.

3) Kohler, im ArchBürgR., Bd. II S. 211 ff.; Bd. 33 S. 1; Hoeniger, im ArchBürgR. Bd. 33 A. 291; Schloßmann in Jherings J. Bd. 45 S. 1 ff.

Hingabe hier nur solvendi causa, zwecks Erfüllung des Darlehnsvorvertrages, nicht obligandi causa, um seine Entstehung hervorzurufen und somit zur Rückgabe zu verpflichten. Die Lehre Kohlers steht im strengsten Widerspruche mit der Auffassung Adlers, der die Unterscheidung zwischen Real- und Konsensualkontrakt nach dem System Kohlers verurteilt[1]). Während Kohler die Hingabe der res nur als Formerfordernis des Vertragsabschlusses ansieht, und somit der res jede materielle Bedeutung nimmt, ist nach Adler die Hingabe das entscheidende Kriterium, ohne die eine Darlehnsverpflichtung und damit die Rückgabeverpflichtung nicht bestehen kann. Ohne Sachleistung sei ein Realkontrakt undenkbar, der auch übrigens nie allein deswegen vorliege, weil eine Sachleistung den Anfang eines Geschäftes bilde.

Auf diesem Standpunkte steht auch die herrschende Lehre[2]). Nach ihr kann unmöglich das die Real- und Konsensualverträge differenzierende Prinzip in der Frage gefunden werden, ob zwischen Willenseinigung und Ausführung ein längerer oder kürzerer Zeitraum liegt. Denn es kann rechtlich keinen Unterschied machen, ob das Geben später oder im sofortigen Anschluß an die Willenseinigung erfolgt[3]). Aus wirtschaftlichen Gründen kann aber die Existenz der Realverträge nicht geleugnet werden, für deren Beibehaltung auch die Verkehrsanschauung spricht. So sagt Windscheid in seinem Lehrbuch des Pandektenrechts[4]): „Darf man, weil heutzutage die römische Regel nicht mehr gilt, sagen, wie häufig geschieht, daß es heutzutage keine Realverträge mehr gebe? Nichts kann unrichtiger sein. Es gibt heutzutage keine Verträge mehr, bei welchen eine Leistung des

---

1) Adler, „Realkontrakt und Vorvertrag" in Jherings J. Bd. 31 S. 202 ff.

2) Brinz, Pand. Bd. 2 § 248; Windscheid, Pandektenrecht 2. Aufl. § 312 A. 5.

3) vgl. Storch, a. a. O. S. 56.

4) § 312, Anm. 5.

Gläubigers an den Schuldner aus formellen Gründen notwendig wäre: aber es gibt wohl Verträge . . . . , bei denen die Parteien eine Verpflichtung erst durch Geben und Nehmen begründen wollen".

Mit der Frage, ob beim Darlehn Real- oder Konsensualvertrag anzunehmen sei, hat man sich schon bei Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches eingehend befaßt. Wie sich aus den Motiven [1]) ergibt, vermied man es, eine exakte Begriffsbestimmung des Darlehnsvertrages zu geben, zumal das Darlehn Merkmale aufweist, die es von den sog. Konsensualverträgen deutlich unterscheiden. Wenn man es auch unterlassen hat, eine Definition zu geben, so ist doch aus seinen positiven Bestimmungen klar zu entnehmen, daß es sich auf den Boden der Realverträge stellt. Schon der Wortlaut des § 607 BGB. weist darauf hin. Es heißt dort: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehn empfangen hat, ist verpflichtet . . . . zurückzuerstatten". Die Verpflichtung des Entleihers und damit der Vertrag entstehen also erst mit Empfang der Valuta. Gegen eine konsensuale Auffassung des Darlehns spricht zudem die spezielle Behandlung des Vertrages über Hingabe eines Darlehns in § 610 BGB. Mit Recht sagt hier Wommelsdorff-Friedrichsen [2]): „Wäre das Darlehn wirklich als Konsensualvertrag gedacht, so hätte gesetzlich der Einbeziehung der auf die Hingabe gerichteten Pflichten in die charakteristische Darlehensverbindlichkeiten kein Bedenken im Wege gestanden". Indessen hat der § 610 BGB. sich über die auf die Hingabe gerichteten Pflichten gänzlich ausgeschwiegen — und das wohl sicher mit Absicht.

Auch ein Vergleich mit dem schweizerischen Obligationenrecht, das im Darlehn einen Konsensualkontrakt erblickt, läßt deutlich erkennen, daß das BGB. das Darlehn als Realkontrakt behandelt. Im Art. 132 des Schwei-

1) Mot. Bd. II S. 305 ff.
2) Diss. Jena 1909 S. 71.

zerischen Zivilgesetzbuches heißt es: „Durch den Darlehnsvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an einer anderen vertretbaren Sache, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte".

Also ein Vertrag mit zwei Verpflichtungen, zur Hingabe und Rückerstattung: beides Verpflichtungen, die schon Erfordernisse des Vertragsabschlusses selbst sind. Die Konsensualkontraktsnatur tritt hier deutlich zutage. Anders dagegen der § 607 BGB.! Nach ihm entsteht die Rückgabeverpflichtung erst mit der Empfangsnahme der Valuta, nicht aber schon mit der Hingabepflicht. Wäre letzteres der Fall, so ließe sich an der Tatsache, daß das Darlehn Konsensualkontrakt sei, nicht rütteln. Doch da die Hingabe als Vorbedingung für die Rückgabeverpflichtung erklärt ist, so müssen wir notwendigerweise den realen Charakter des Darlehns anerkennen.

Das auch vom praktischen Gesichtspunkt aus die Annahme des Darlehns als Realkontrakt nicht unwichtig ist, zeigt Cosack an einem Fall [1]). Danach hat nach § 652 BGB ein Mäkler erst dann Anspruch auf Belohnung, wenn das ihm zur Vermittlung aufgetragene Geschäft „zustandekommt". Erst wenn die tatsächliche Darlehnshingabe erfolgt ist, erhält er seine Belohnung, nicht aber schon, wenn er eine Vereinbarung über ein später zu gebendes Darlehn erzielt hat. Denn mit einer einfachen Vereinbarung ist dem Darlehnsgeber nicht gedient.

Nicht unwesentlich ist ferner die Unterscheidung zwischen Real- und Konsensualkontrakt bei der Aufrechnung. Die Auffassung des Darlehns als Konsensualkontrakt würde hier dem Vorwurf Cromes ausgesetzt sein, daß sie das Leben in die Schablone grauer Theorie preßt und sich

1) Cosack, Lehrb. d. bürgerl. Rechts S. 580.

selbst richtet durch den mangelnden Kontakt mit dem, was täglich vor unseren Augen vorgeht [1]).

Wir müssen eben gerade an dieser Stelle eingedenk sein der regen Beziehungen, die zwischen politischer Ökonomie und Rechtswissenschaft vorhanden sind, weil ein bedeutender Teil der rechtlichen Einrichtungen den Zweck hat, die gesetzliche Form für wirtschaftliche Bedürfnisse zu geben [2]).

„Jeder wirtschaftliche Akt setzt Rechtsformen voraus, und alle Rechtssätze, vornehmlich die des Privatrechtes, haben direkt oder indirekt einen wirtschaftlichen Inhalt oder Bezug. Jedes wirtschaftliche Verhältnis setzt zugleich ein Rechtsverhältnis voraus, und die wirtschaftliche Tätigkeit erheischt die Rechtshilfe. Jedes wirtschaftliche Institut ist zugleich ein Rechtsinstitut, die Wirtschaftsordnung zum größten Teil zugleich Rechtsordnung [3])".

So weist uns also die Wirtschaftswissenschaft den Weg, um logisch die rechtliche Natur des Darlehns zu erfassen dadurch, daß wir zuerst den mit ihm verfolgten wirtschaftlichen Zweck ergründen! Wir müssen ausgehen von der Wirtschaftsordnung, von der wir ja eben sagten, daß sie zum größten Teile zugleich Rechtsordnung ist und werden mit ihrer Hülfe klar erkennen, warum die Hin- und Rückgabepflicht logischerweise als synallagmatische Pflichten angesehen werden können: schwerlich läßt sich doch wohl der wirtschaftliche Erfolg vom rechtlichen bei einem in eine Rechtsform gekleideten Wirtschaftsakte trennen. Das Recht ist eben nie und nimmer Selbstzweck, sondern immer nur Mittel zum Zweck, „die Rechtsfolgen sind nicht das Ziel der Wünsche der Parteien, denn sie vermitteln nur die Erreichung wirtschaftlicher Zwecke" [4]). Worin besteht nun

1) Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 371.

2) Vgl. darüber besonders Arnold, „Kultur und Rechtsleben" 1875, insbesondere S. 49 ff.

3) Schönberg, Handb. d. polit. Ökonomie, 4. Aufl., Bd. I S. 18.

4) Blum, a. a. O. S. 20 oben.

der wirtschaftliche Zweck des Darlehns? Diese Frage ist eindeutig dahin zu beantworten: in Gebrauchsüberlassung! Diese unsere Antwort findet ihre Stütze u. a. in der Definition des Zinses, die dahin geht: Zins im weitesten Sinn ist jede Vergütung, die für die Nutzung eines Vermögenswertes — das ist aber Gebrauchsüberlassung — zu leisten ist.

„Aber weil der wirtschaftliche Zweck des Darlehns Gebrauchsüberlassung, nicht Schenkung oder etwas anderes ist, ist die causa des Darlehns nicht anders juristisch zu verwirklichen als dadurch, daß der Eigentumsverschaffung als Korrelat ein Rückforderungsanspruch gegenübersteht, dessen Bedeutung darin besteht, die Eigentumsverschaffung beim Darlehn von jeder anderen Eigentumsverschaffung zu unterscheiden, die von den Parteien gewollte wirtschaftliche causa rechtlich zu verwirklichen. So ergibt sich, daß der wirtschaftliche Zweck des Darlehns juristisch seinen Niederschlag in der Darlehnsrückforderung findet, die somit diejenige rechtliche Verbindlichkeit ist, welche der causa des Darlehns entspricht, und deren Entstehung identisch ist mit dem Vertragsabschluß [1])."

Unsere wirtschaftliche Betrachtungsweise hilft uns aber auch noch in einem anderen Streitpunkte klarer und folgerichtiger zu sehen und zu urteilen, als wenn wir unter einseitig doktrinärem, rein juristischem Gesichtpunkte das Problem aufrollen. Warum ist denn das Darlehn Realkontrakt und nicht Konsensualkontrakt, worauf können wir unsere Realkontrakstheorie stützen und zwar besser und unanfechtbarer als mit dem oben erwähnten rein rechtlichen Thema?

Wir haben gesagt: Zweck des Darlehns ist Gebrauchsüberlassung. Wir wollen gemäß dem in der Einleitung Gesagten nur das Geld darlehn als den Normaltypus behandeln. Geld kann aber nicht gebraucht werden, ohne gleichzeitig im Rechtssinne [2]) verbraucht zu werden, also

1) Blum, a. a. O. 21.

2) § 92 BGB. (Veräußerung).

muß schon der Darleiher dem Darlehnsnehmer Eigentum an der Sache verschaffen. „Lediglich deswegen, weil der Gebrauch von Geld Eigentum voraussetzt, wird ein Darlehn durch Eigentumsübertragung begründet [1])." Dieser Begründungsakt aber dokumentiert sich äußerlich durch die Hingabe der Darlehnsvaluta an den Nehmer.

Ähnliche, den Verkehrsanschauungen widersprechende Resultate würden sich bei der Zession und Pfändbarkeit des Darlehnsnehmers auf die Valuta ergeben [2]).

Ein Rückblick auf das Ergebnis der bisherigen Erörterungen sagt uns, daß für die Beibehaltung der Kategorie der Realkontrakte sowohl die historische Entwicklung des Darlehns, als auch die positiven Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und nicht zuletzt die Auffassung des praktischen Verkehrs sprechen. Es liegt also kein Grund vor, dem Darlehn die realkontraktliche Natur abzusprechen [3]).

Das Darlehn ist demnach ein einseitiger — nur rückgabeverpflichtender Vertrag, der mit der Hingabe zustande kommt. Ihm geht in der Regel ein vorbereitender Vertrag, der Darlehnsvorvertrag, voraus, dessen spezieller Behandlung wir uns nun zuwenden.

§ 3. Ein- oder Gegenseitigkeit des Darlehnsvorvertrages.

Bevor wir auf das eigentliche Thema: „Die Pflichten aus dem Darlehnsvorvertrage und die Folgen ihrer Nicht-

---

1) Blum, a. a. O. S. 23.

2) siehe Crome, Partiar. Rechtsgesch. S. 374.

3) Dies ist auch die herrschende Lehre: vgl. Cosack Bürgerl. R. Bd. I § 142 III; Crome, Partiar. Rechtsgesch. S. 368 ff.; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. II, 2 § 234; Endemann, Bürgerl. Recht Bd. I. § 184; Goldmann Lilienthal, Bürgerl. Recht, Bd. I § 166; Oertmann, Schuldverhältnisse, Vorb. zu § 607; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Vorb. zu § 607 III, 3. Staudinger, Komm. z. BGB. Bd. II, 2 Vorb. zu § 607 Abs. 2,

erfüllung" eingehen, ist es unumgänglich notwendig zu untersuchen, ob der Dahrlehnsvorvertrag einseitig oder gegenseitig verpflichtend ist. Die Entscheidung dieser Frage ist, wie wir sehen werden, von größter Tragweite. Es fragt sich, ob sich aus dem Vorvertrage Verpflichtungen nur für den Darlehnsgeber ergeben, nämlich zur verabredeten Zeit die vereinbarte Geldsumme anzubieten, während die Annahme dem Darlehnsnehmer frei steht, oder ob auch auf seiten des Darlehnsnehmers Pflichten sind, die auf unbedingte Annahme des Darlehns auf Grund des Vorvertrages hinausgehen. Nun steht ja die Gestaltung der Rechtsbeziehungen, ob ein- oder zweiseitige Bindung, ganz im Belieben der Parteien. Man dürfte also kaum daran zweifeln, daß beide Arten von Vorverträgen vorkommen. Wie verhält es sich aber, wenn insoweit keine Parteivereinbarungen vorliegen? Diese Frage hat in der Literatur Anlaß zu lebhaftem Streit gegeben.

Nach der einen Auffassung gilt der Darlehnsvorvertrag nur als einseitig: Nur der Darlehnsgeber wird verpflichtet und zwar dahin, eine Summe als Darlehn auszuzahlen, also zur Mitwirkung zum Vertragsschluß. Der Darlehnsnehmer ist hier von jeglichen Verpflichtungen frei, ja sogar vom Zinszahlen. Letztere Verpflichtung entsteht nicht schon bei der Darlehnsvereinbarung, sondern ist eine Folge der realen Hingabe, eine Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung der geliehenen Summe.

Von den Anhängern der Einseitigkeitskonstruktion wird dem Darlehnsvorvertrag der Charakter der Gegenseitigkeit natürlicherweise abgesprochen. Sie führen zunächst für sich ins Feld die entsprechenden Normen des römischen Rechtes, das drei Arten von Darlehnsverträgen kannte, von denen zwei e i n seitige Natur aufwiesen, nämlich das pactum de mutuo dando sowie das pactum de mutuo accipiendo, während das pactum de mutuo dando et accipiendo, also eine Kombination beider, selbstverständlich zweiseitig bindend war.

Weiter streitet für ihre Auffassung das ALR. § 659 Titel 11, Teil I, das ebenfalls als Regel die bloß einseitig verpflichtende Natur des Darlehnsvorvertrages aufstellt, dabei aber den Darlehnsgeber für den Fall durch Klagerecht auf Schadloshaltung ausstattet, daß er dem anderen Kontrahenten auf dessen Ansuchen schriftlich, also besonders formell eine Darlehnsgewährung versprochen hat. Während nun das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zum sächsischen Gesetzbuch, das in seinem § 1068 den Darlehnsvertrag ausdrücklich als zweiseitigen Vertrag bestimmt, diese Frage offen läßt, ist es somit der Wissenschaft und Praxis freigestellt, auch heute in sachlicher Übereinstimmung mit dem römischen Recht das Vorkommen nur einseitig verpflichtender Darlehnsvorverträge anzukennen!

Eine Stütze für ihre Theorie glauben die Vertreter der Einseitigkeitskonstruktion in dem Vergleich der §§ 321 und 610 zu sehen. § 610 BGB. gibt dem Darlehnsgeber die Berechtigung, bei Vermögensverschlechterungen des Darlehnsnehmers das gegebene Versprechen zu widerrufen (clausula rebus sic stantibus). Zur Durchführung ihres Beweises behaupten die Vertreter der Einseitigkonstruktion nun, die §§ 321, 610 seien darin, daß sie bei gefährendender Vermögensverschlechterung ein Verweigerungs- bzw. Widerrufsrecht gewährten, inhaltlich vollständig gleichgestellt. Ein Unterschied zwischen den Paragraphen bestehe insofern, als nur die Anwendung des § 321 BGB. für gegenseitige Verträge ausdrücklich bestimmt sei. Hieraus müsse man notwendigerweise folgern, daß § 610, da er nicht als überflüssig bezeichnet werden könne, — argumentum e contrario — den Darlehnsvorvertrag als einseitigen Vertrag geregelt habe.

Ein Vergleich der beiden Paragraphen läßt aber deutlich erkennen, daß sie zwar verwandt, inhaltlich aber grundverschieden sind. § 321 gewährt nur eine dilatorische Einrede, § 610 hingegen ein direktes Widerrufsrecht. So sagt zutreffend Oertmann: „Die Vorschrift des § 321 geht

doch minder weit, als die des § 610, indem dort nur die Vorleistungspflicht modifiziert, nicht aber ein Rücktrittsrecht gewährt wird. Um so weniger kann man aus den §§ 321, 610 einen allgemeinen Grundsatz entnehmen [1])".

Das Reichsgericht [2]) vertritt den durchaus zu rechtfertigenden Standpunkt, es sei in jedem einzelnen zur Entscheidung stehenden Falle zu prüfen und zwar aus der Natur des in Frage stehenden Vorvertrages heraus, ob Einseitigkeit oder Gegenseitigkeit gewollt sei. Maßgebend für die Entscheidung hierbei ist aber ausschließlich das Interesse und seine Verteilung auf nur eine oder aber beide Parteien! Handelt es sich z. B. um ein zinsloses Darlehn, so dürfte Einseitigkeit als vorliegend zu erachten sein, da hier der Geber doch gar nicht wirtschaftlich an der Erfüllung des Hauptvertrages interessiert ist und es also rechtlich nicht haltbar wäre, den anderen Vertragsteil zu binden. Rechtsirrig ist deshalb die Auffassung Storchs [3]), wenn er sagt: „Es kann absolut nicht jemand zum Geben verpflichtet sein, ohne daß ein anderer zum Annehmen verpflichtet ist".

Also es kann unbedingt ein einseitig verpflichtender Darlehnsvorvertrag im Sinne des römisch-rechtlichen pactum de mutuo dando vorkommen. Doch sind solche nur den Darlehnsnehmer zur Annahme verpflichtende Vereinbarungen infolge ihrer Seltenheit praktisch von geringer Bedeutung. Planck [4]) weist zutreffend auf die Fälle hin, in denen Kapitalisten sich die Entgegennahme eines Darlehns zu einem höheren als dem üblichen Zinsfluß ausbedingen.

Das Gleiche aber ist theoretisch möglich, ebenfalls kaum vorkommend, auf seiten des Darlehnsnehmers im Sinne des römisch-rechtlichen pactum de mutuo accipiendo. Auch hier führt Planck [5]) als Beispiel den Fall an, daß

1) Oertmann, a. a. O. § 610, 2 a.
2) Vgl. ERG. in Gruchots Beitr. Bd. 53 S. 841.
3) a. a. O. S. 52.
4) a. a. O. S. 544.
5) a. a. O. S. 544.

ein Arbeitgeber sich verpflichtet, Spareinlagen seiner Angestellten entgegenzunehmen, und Staudinger[1]) will hierunter den Fall gerechnet sehen, daß ein Vorvertrag abgeschlossen ist in Gestalt einer Subskription auf bestimmte verzinsliche Wertpapiere und Zuteilung solcher als Erfüllung.

In der Regel dürften also Verträge dahin abgeschlossen werden, daß beide Parteien an dem Vertragsabschluß interessiert sind, infolgedessen sich aus dem Vorvertrage für beide Teile Rechte und Pflichten ergeben, Rechte, die in dem Anspruch auf Hingabe liegen, Pflichten, die in der Mitwirkung beim Abschlusse des Hauptvertrages bestehen.

Während Planck sich entschieden gegen die überwiegende Gegenseitigkeit des Darlehnsvorvertrages ausspricht[2]), wird die Möglichkeit vom Reichsgericht nicht bestritten[3]). Regelsberger[4]) betrachtet das „vertragsmäßige Darlehns versprechen" immer als gegenseitigen Vertrag. Maßgebend sei das Interesse der Parteien an der Abnahme. Daß dies regelmäßig vorhanden sei, ergebe sich aus dem dem Darlehn innewohnenden Zweck. Da aber nicht immer ein beiderseitiges Interesse vorliegt, können wir der Ansicht Regelsbergers nicht ganz beistimmen. Soweit aber keine besonderen Vereinbarungen getroffen sind, dürfen wir annehmen, daß die Verpflichtungen zur Hingabe und Annahme und damit zum Vertragsabschluß beiderseitig sind.

Zur Gegenseitigkeit des Vertrages ist aber außer der Beiderseitigkeit der übernommenen Verpflichtungen noch ein weiteres Moment erforderlich. Nach der von Oertmann[5]) vertretenen Ansicht „müssen die beiderseitigen Leistungen zwar nicht nach ihrem objektiven Wertverhältnis, wohl aber subjektiv einen Ausgleich, ein

1) a. a. O. S. 406.

2) Plank, a. a. O. S. 543.

3) RG. v. 19. II. 1912, abgedruckt in der „Rspr. d. RG." 1912 Heft 5.

4) Regelsberger, a. a. O. S. 414.

5) Oertmann, a. a. O. Vorbem. zu § 320, 2 c.

Aequivalent, darstellen. Dieses Aequivalent darf nun nicht etwa als eine „subjektive Wertgleichheit" der Leistungen aufgefaßt werden, sondern es ist darin der Wille der Parteien zu erblicken, daß die eine Leistung einen Ausgleich für die von der anderen Partei übernommenen bilden soll. Beide sollen nur im Sinne des Vertragszweckes gleichwertig sein". Nun mutet es vielleicht etwas eigen an, wenn man bedenkt, daß die bloße Annahme des Darlehns eine der Hingabe äquivalente Leistung sein soll. Doch wir dürfen nicht vergessen, daß der Darlehnsgeber in der Regel mit der Hingabe des Kapitals den Zweck verfolgt, sich eine gut verzinsliche Kapitalanlage zu verschaffen, ein Factum, das vom wirtschaftlichen Gesichtspunkte aus der Gebrauchsüberlassung des Kapitals als gleichwertig gegenübergestellt werden kann. Wir dürfen wohl hieraus folgern, daß danach die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Vorvertrag als äquivalent aufzufassen sind und damit naturgemäß der Vorvertrag als gegenseitiger Vertrag.

KAPITEL II.

Die Verpflichtungen aus dem Darlehnsvorvertrag und die Folgen ihrer Nichterfüllung.

Vorbemerkung.

Nachdem in Kapitel I der Abhandlung das Wesen des Darlehnsvorvertrages zu ergründen versucht worden ist, hat nunmehr im folgenden Kapitel die Darstellung dazu überzugehen, das eigentliche Thema auseinanderzusetzen. An sich könnte es geboten erscheinen, in einem ersten Unterteil zunächst nur die Verpflichtungen zu erörtern und getrennt hiervon in einem zweiten

Unterteile die Folgen abzuhandeln, die sich aus einer etwaigen Nichterfüllung des Darlehnsvorvertrages ergeben.

Die Darstellung hat aber geglaubt, um der Gefahr, einzelnes wiederholen zu müssen, zu entgehen, davon Abstand nehmen zu dürfen und hat sich vielmehr dafür entschieden, beides zu verbinden und zusammenhängend in einem Kapitel zu erörtern.

§ 4. Der Anspruch auf Hingabe des Darlehns.

Welche sind nun die beiderseitigen Verpflichtungen, die sich aus einem gegenseitigen Darlehnsvorvertrag ergeben?

Aus dem Begriffe des Vorvertrages ergibt sich die ihm begriffsnotwendig innewohnende Wirkung: er erzeugt einen Anspruch auf Abschluß des Hauptvertrages.

Zunächst liegt wohl ein Anspruch auf Hingabe des Darlehns vor. Die erste Pflicht des Kreditgebers aus dem Darlehnsvorvertrag ist die Verpflichtung zur Übertragung der Sache an den Darlehnsnehmer. Während nach der Konsensualkontraktstheorie ein Anspruch auf eine bloße Sachleistung vorliegt, geht nach der Realkontraktstheorie die Verpflichtung, die im Dahrlehnsvorvertrage statuiert wird, auf das „contrahere", auf Abschluß des Darlehnsrealkontraktes hinaus, d. h. der Entleiher hat einen Anspruch auf Auszahlung der Valuta.

Kommt nun der Darlehnsgeber seiner Verpflichtung zum Abschlusse des Hauptvertrages, also zur Hingabe nicht nach, so fragt es sich, ob die Darlehnshingabe direkt erzwungen werden kann. Die Ansichten hierüber gehen sehr auseinander. Hier ist es vor allem Regelsberger[1]), der die direkte Erzwingbarkeit abstreitet. Er führt u. a. wirtschaftliche Gründe an, die dem Darlehnsversprecher das Recht geben, sein Versprechen auf Hingabe nicht einzuhalten. Durch Zwangsmaßnahmen, so glaubt er, würde die wirtschaftliche Stellung des Betroffenen, der nicht mehr

1) a. a. O. S. 424 ff.

imstande sei, den Vertrag innezuhalten, empfindlich geschädigt. Der Entleiher könne nach den heutigen Kreditreinrichtungen sein Geldbedürfnis ebenso so schnell auf anderem Wege decken als durch Zwangsvollstreckung. Die ungünstigen Momente, die durch eine Nichtauszahlung für den Entleiher entstehen können, will er dadurch ausgeglichen wissen, daß der Verpflichtete ihm den Schaden, der ihm durch das Ausbleiben der Darlehnshingabe erwachse, vergüte. Was Regelsberger zugunsten des Dahrlehnsgebers annimmt, behauptet Dernburg zugunsten des Darlehnsnehmers [1]). Er sagt: „Ein solcher Zwang zur Entnahme von Geld wäre aber nach der Verkehrsauffassung befremdend. Es läßt sich daher unterstellen, daß er auch der Absicht der Parteien bei Eingehen des Geschäftes nicht entspricht, daß also eventuell nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewollt war und allein gefördert werden kann".

Ist aber mit einem Anspruch auf Schadensersatz dem Entleiher immer gedient? Gewiß ist, daß der Kreditnehmer zuweilen größeres Interesse an Erstattung des Schadensersatzes hat, als an Auszahlung der Valuta, besonders in dem Falle, wo das Darlehn nur auf kurze Zeit versprochen ist oder einer kurzen Kündigungsfrist unterliegt. Doch öfter kommt es vor, daß das Darlehn auf längere Zeit, ja auf Jahre hinaus unkündbar versprochen wird. Hier ist dem Kreditnehmer an der Auszahlung der Darlehnssumme sehr viel gelegen; mit einem Anspruch auf Schadensersatz ist ihm nicht geholfen. Nur die sofortige Auszahlung der Valuta kann ihn vor dem Ruin retten, kaum aber ein Ersatzanspruch. Vielfach werden auch Darlehen aufgenommen, um Wechselschulden damit zu bezahlen, z. B. Wechselschulden gegenüber Bauhandwerkern. Auch hier hat der Empfänger nur an Erfüllung ein Interesse.

U. E. hat der Kreditnehmer also einen Anspruch auf Auszahlung der Valuta. Kommt der Kreditgeber dieser

1) Bürg. Recht, § 236 II.

seiner Verpflichtung nicht nach, so kann der andere Teil zwecks Verwirklichung seines Anspruchs gemäß § 241 BGB. eine Klage auf Erfüllung erheben.

Streitig ist nun die Frage, ob man aus dem Vorvertrage auf Abschluß des Darlehnsrealkontraktes zu klagen habe, oder nur auf Zahlung der Darlehnsvaluta. Während Endemann[1]) ersterer Auffassung beistimmt, indem er den Klageantrag nicht auf „solvendi causa", sondern auf „credendi causa", auf Abschluß des Darlehnsvertrages durch Auszahlung der Darlehnssumme stellt, haftet nach Oertmann[2]) der Versprechende aus dem Hingabevertrag „auf Hingabe zum Darlehen, also Zug um Zug gegen Abgabe des Rückgabe- und etwaigen Zinsversprechens, nicht auf Hingabe schlechthin". Auch Adler[3]) läßt eine Klage auf Auszahlung der Darlehnsvaluta dann zu, wenn das konsensuale Element des Realkontraktes bereits eingetreten und nur das reale noch aussteht. Auch m. E. geht die Klage nur auf Auszahlung der Valuta. Praktische Gründe spielen dabei eine große Rolle. Ginge nämlich die Klage auf Abschluß des Realkontraktes, so könnte das gegen den Darlehnsversprecher ergangene Urteil, das Geld als „Darlehn" hinzugeben, vorläufig garnicht für vollstreckbar erklärt werden, weil nach § 894 ZPO. dies Urteil die Erklärung des Darlehnsgebers, daß er das vom Darlehnsnehmer abgegebene Rückgabeversprechen annehme, in sich schließen würde, und weil die Abgabe der Erklärung mit der erlangten Rechtskraft des Urteils wirksam würde. Zwar kann man auf Grund eines Kreditvertrages Klageantrag auf Verurteilung zu einer Darlehnshingabe stellen, nicht aber auf Annahme des Rückgabeversprechens (vgl. Lübbert, a. a. O. S. 373).

---

1) Endemann, Bürg. Recht § 106, A 9.
2) Oertmann, a. a. O. § 610 Nr. 1 a.
3) Vgl. hierzu Lübbert, a. a. O. S. 372 ff.

Kommt der Darlehnsgeber seinen Verpflichtungen auf Leistung des Darlehns, d. h. auf Abschluß des Realkontraktes nicht nach, so gerät er in Leistungsverzug.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Vorschriften über Leistungsverzug sowohl im § 326 als auch in den §§ 283 bis 286 niedergelegt. Nun tritt uns die Frage entgegen, ob auf den Verzug des Darlehnsgebers die Bestimmungen über gegenseitige Verträge (§ 326), oder die der §§ 283/6 Anwendung finden. In der Regel wird aber, wie wir sahen, der Darlehnsvorvertrag in der Weise geschlossen, daß sich jede Partei verpflichtet, die eine zum Geben, die andere zum Nehmen der Darlehnssumme. Die Ausführung des Vertrages liegt hier in beiderseitigem Interesse, also dürfte hier beim „pactum de mutuo dando et accipiendo" die Anwendung der Vorschriften über gegenseitige Verträge gerechtfertigt erscheinen. Nicht selten kommt es wohl auch vor, daß nur der eine Teil, der Kapitalist, sich verpflichtet, auf Verlangen des anderen eine bestimmte Summe als Darlehn zu geben (sog. pactum de mutuo dando) oder auch, daß sich jemand verpflichtet, auf Verlangen der anderen Vertragspartei eine bestimmte Summe als Darlehn zu nehmen, pactum de mutuo accipiendo). In beiden Fällen liegen einseitig verpflichtende Verträge vor, für die die Bestimmungen des § 326 anzuwenden keine Möglichkeit besteht. Hier dürften wohl die Vorschriften der §§ 283/6 Platz greifen.

Will aber der Berechtigte seine Ansprüche aus dem beiderseitigen Darlehnsvorvertrag verwirklichen, so setzt er gemäß § 326 dem Verpflichteten eine angemessene Frist mit der Erklärung, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne. Nach Ablauf der Frist hat er die Wahl, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten. Anders hingegen beim § 283 BGB.: Hier muß der Berechtigte erst eine rechtskräftige Verurteilung des Pflichtigen zum Geben bzw. Nehmen des Darlehns erwirken. Ferner muß mit dem Anspruch

auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Nachweis erbracht werden (§ 286 BGB.), daß eine verspätete Erfüllung ohne jegliches Interesse ist. Aus dem einseitigen pactum de mutuo dando ergibt sich, daß infolge mangels jeglicher Pflichten für den Darlehnsnehmer auch kein Zwang zur Annahme des Darlehns besteht. Folglich kann ein Rücktrittsrecht für ihn nicht in Betracht kommen.

Der Darlehnsgeber kann ferner sein Darlehnsversprechen durch schuldhaft mangelhafte Leistung verletzen. Solchenfalls will v. Schey[1]) unterscheiden, ob Mangelhaftigkeit des Darlehnsaktes dessen Nichtigkeit zur Folge habe oder nicht; ersterenfalls, d. h. im Falle der Nichtigkeit, die man z. B. durch Hingabe falscher Münzen als gegeben ansehen könne, seien die Vorschriften über unerlaubte Handlungen anzuwenden (§§ 823 ff. BGB.). Diese Auffassung ist jedoch unhaltbar. Schuldhaft ordnungswidrige Vornahme des Darlehnsaktes macht allerdings den Darlehnsgeber gegebenenfallt schadensersatzpflichtig, aber nicht nach den §§ 823 ff, BGB., sondern weil darin eine schuldhafte Verletzung der aus dem Darlehnsvorvertrage erwachsenen Verpflichtung zu dessen pflichtmäßiger Realisierung zu sehen ist[2]). Solche Ordnungswidrigkeit kann einer Nichterfüllung gleichkommen, so daß das Darlehn selber noch nicht als gegeben, eine Klage aus letzterem nicht als entstanden anzusehen ist, so wenn falsche Münzen hingegeben werden; denn dann hat der andere nicht „Geld empfangen". Es braucht das aber nicht der Fall zu sein: die Sache kann auch so liegen, daß der Darlehnsnehmer wirklich gültiges Geld erhält, daß aber z. B. die Geldstücke oder Geldscheine verkehrswidrig schmutzig, mit Krankheitskeimen behaftet oder sonst mangelhaft sind, und hieraus dem Darlehnsnehmer Schaden erwächst. Dann ist zwar erfüllt, aber

---

1) v. Schey, Obligationenhältn. des österr. allgem. Privatrechts 1890. Bd. I, Das Darlehn, S. 94.

2) S. dazu auch Oertmann, a. a. O. Vorbem. zu § 607 A 4.

schlecht erfüllt und deshalb im Falle des Verschuldens des Gebers (§ 276 BGB) dem rückgabepflichtigen Darlehnsempfänger ein Schadenersatzanspruch erwachsen. Wenn die Römer dem Schuldner aus dem Darlehnsvorvertrag etwa erwachsende Verpflichtungen solcher Art nicht in ihre Erörterung gezogen haben so ist das nur konsequent im Hinblick auf die Tatsache, daß sie auch beim mutuum selbst mit solchen Möglichkeiten nicht gerechnet, vielmehr auch hier an der streng einseitigen Natur festgehalten und ein actio mutui contraria nicht gekannt haben, so gleichberechtigt eine solche der commodati, depositi usw. actio contraria gewesen wäre.

Eintretende Veränderungen in den Verhältnissen des anderen Teils hat das Bürgerliche Gesetzbuch einmal in § 610 hinsichtlich des Darlehnsversprechens geregelt: „Wer die Hingabe eines Darlehns verspricht, kann im Zweifel das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird".

Eine ähnliche Regelung, doch für gegenseitige Verträge finden wir in § 321: „Wer aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, kann, wenn nach dem Abschlusse des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird".

Nun liegt die Gefahr nahe, auf den Darlehnsvertrag als gegenseitigen Vertrag die Vorschriften des § 321 anzuwenden. Doch wenn wir bedenken, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in § 610 ganz allgemein vom Darlehnsversprechen redet und somit durch die spezielle Norm des § 610 die allgemeinere des § 321 ausschließen will, so kommt § 321 entsprechend dem allgemeinen gültigen Grundsatz: „lex specialis derogat legi generali" für Darlehnsverhältnisse

nicht in Betracht. § 610 hat ja auch, — wie bereits weiter oben ausgeführt —, einen viel weitergehenden Inhalt; § 610 berechtigt zum Widerruf. § 321 gewährt nur eine dilatorische Einrede, läßt aber im übrigen die Leistungspflicht unberührt. Deshalb sagt auch Oertmann[1]), um endlich dieser andauernden Verwechslung der Tragweite der beiden Paragraphen ein Ende zu machen: „Im BGB. findet die clausula rebus sic stantibus sich außer in § 610 nirgends im vollen Umfange verwertet, auch die Vorschrift des § 321, obwohl damit verwandt, geht doch minder weit, indem dort nur die Vorleistungspflicht modifiziert, nicht aber ein Rücktrittsrecht gewährt wird". Daß aber die Bestimmung des § 610 nicht nur für das einseitige pactum de mutuo dando, sondern auch für den Fall eines pactum de mutuo dando et accipiendo Geltung hat, ersehen wir daraus, daß der Darlehnsnehmer durch Zulassung des Widerrufs auch bei diesem zweiseitig verpflichtenden Vorvertrage nicht anders gestellt ist, als im Falle eines einfachen pactum de mutuo dando. Das Widerrufsrecht geht ja in dem einen wie in dem anderen Falle nur auf den Anspruch des Darlehnsnehmers.

Sehr interessant gestaltet sich die Frage, ob der Widerruf auf Gewährung einer Hypothek möglich ist. In einem in der „Norddeutschen Farben-Zeitung" (Jahrg. III S. 533) erschienenen Artikel findet sich eine gerichtliche Entscheidung (allerdings ohne nähere Angaben) mit dem Rechtssatz, „das Versprechen, eine Hypothek zu geben, kann man nicht widerrufen". Begründet wurde dies damit, § 610 BGB. gewähre nur dann ein Rücktrittsrecht, wenn nach dem Darlehnsversprechen in den Vermögensverhältnissen des Darlehnsnehmers eine wesentliche Verschlechterung eingetreten sei. Dies könne man aber bei der Hypothek deshalb nicht annehmen, weil ja die Hypothek in Hinsicht auf die Sicherheit, die das Grundstück biete, gegeben werde. Eine

1) a. a. O. § 610, 2 a.

Vermögensverschlechterung des Eigentümers sei deshalb belanglos, weil ja mit dem Grundstück genügende Sicherheit geboten werde.

Gegen diesen Rechtssatz hat sich Hilse[1]) in einer längeren Abhandlung gewandt, in der er ausführt, daß ein solcher Rechtssatz der herrschenden Meinung widerspreche und mit dem Grundsatz von Treu und Glauben in keinem Einklang stände. Er geht davon aus, daß nach § 879 BGB. sich das Rangverhältnis unter mehreren Grundstücksrechten nach der Reihenfolge der Eintragungen bestimmt. Die Befriedigung mehrerer Hypothekengläubiger vollzieht sich aus dem Erlöse des Grundstücks wieder in der Reihenfolge der Hypothekenrechte. Hieraus ergebe sich, so sagt Hilse weiter, daß, je weiter eine Hypothek in der Rangordnung zurückstehe, desto mehr der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet erscheine. Das Versprechen, ein Darlehn gegen Hypothek zu gewähren, müsse nach § 157 BGB. dahin ausgelegt werden, daß Hypothek an erster oder an der im Grundbuch zurzeit zunächst freien Stelle gewährt werden solle. Es sei gegen Treu und Glauben, wenn jemand einem Darlehnsgeber eine hypothekarische Sicherheit biete, deren Wert infolge der dem Darlehnsgeber unbekannten Vorhypotheken gleich Null sei. „Der Gläubiger könne also in einem solchen Fall mit Recht sein Hypothekenversprechen widerrufen, müsse aber dabei glaubhaft machen, daß ihm die am Tage des Versprechens nächstoffene Stelle in der Rangordnung der Gläubiger durch inzwischen erfolgte Mehrbelastung des Pfandgrundstückes nicht gewährt werden könne, daß an der jetzigen der Anspruch auf Rückerstattung erheblich gefährdet werde".

Diesen Ausführungen wird man nach Inhalt und Ergebnis zustimmen können.

Schließlich wäre noch die Frage zu erörtern, ob der Anspruch aus dem Darlehnsvorvertrag aufrechenbar ist.

1) S. Bl. f. Rechtspfl. im Bez. des KG. Jahrg. 1909 Nr. 5, S. 49.

Aufrechnung ist die wechselseitige Tilgung gegenüberstehender Forderungsrechte durch Aufwägung eines jeden derselben mit der anderen [1]). Nach § 387 BGB. setzt die Aufrechnung eine Gleichartigkeit des Gegenstandes der beiden Schuldverhältnisse voraus. Können wir aber im Sinne der Aufrechnungsmöglichkeit die Verpflichtung zur Darlehnshingabe und eine gewöhnliche Geldschuld als gleichartige Schuldverhältnisse betrachten oder sprechen dagegen nicht große Bedenken? Wie schon oben dargetan, schuldet der Darlehnsversprecher aus dem Vorvertrage nicht unmittelbar eine Geldzahlung, sondern die Mitwirkung bei dem Abschlusse des realen Darlehnsvertrages, wofür die Geldzahlung nur ein Element bildet; es fehlt somit an der Gleichartigkeit des Inhalts [2]). Daher kann man gegen eine Geldforderung eine auf Geben eines Gelddarlehns gerichtete Forderung nicht aufrechnen, denn diese geht auf Abschluß des Darlehnsvertrages durch die Geldauszahlung [3]).

Auch wirtschaftliche Gründe sprechen gegen eine Aufrechnungsmöglichkeit. Läßt sich der Darlehnsnehmer ein Darlehn versprechen, so will er damit doch ohne Zweifel ein Geldbedürfnis decken. Durch Kompensation mit einer alten Schuld wird ihm damit keineswegs gedient. Nur um bares Geld zu erhalten, hat er den die Darlehnszusage enthaltenden Vertrag geschlossen. Eine eventuelle Aufrechnung könnte ihm die größten Schwierigkeiten bereiten, da er vielleicht schon mit der Anzahlung der Valuta gerechnet und deshalb seine wirtschaftlichen Verhältnisse darauf eingerichtet hat. Will der Darlehnsversprecher eine Schuld des Darlehnsnehmers in eine Darlehnsforderung umwandeln, so kann er das nicht durch einseitige Aufrechnung (§ 157). Vielmehr bedarf er dazu der Einwilligung

---

1) Crome, Bürgl. Recht, 2, Bd. I, S. 287.
2) Vgl. Regelsberger, S. 416; Oertmann, a. a. O. § 387 Nr. 1 b.
3) ERG. Bd. 50 S. 303.

des Nehmers. In diesem Falle liegt aber Schuldumwandlung im Sinne des § 607 Abs. 2 vor [1]).

Möglich ist es allerdings, daß der Empfänger des Versprechens seine Forderung auf Auszahlung zur Aufrechnung verwendet, indem er erklärt, den Wert der Darlehnssumme durch Aufrechnung empfangen zu haben [2]).

Erwähnt sei noch, daß vom Standpunkte der Konsensualkontraktstheorie die Aufrechnungsmöglichkeit einer Darlehnsschuld mit einer Forderung zugegeben wird. Besonders Lübbert [3]) bejaht grundsätzlich diese Frage, indem er auch den praktischen Wert der Aufrechnung an einem Beispiele darzulegen sucht, ohne näher darauf einzugehen.

Eine weitere wichtige, sehr umstrittene Frage ist es, ob der Anspruch des Entleihers aus dem Darlehnsversprechen eine Abtretung an Dritte zuläßt. Da nach § 398 BGB. grundsätzlich jeder Anspruch von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden kann, so müßte eigentlich mit der Feststellung eines Anspruchs aus dem Darlehnsversprechen auch dieser abtretbar sein. Doch in den §§ 399 und 400 finden sich Ausnahmen.

Hier interessiert nur § 399, wonach eine Forderung nicht abgetreten werden kann, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann.

Somit wären nicht abtretbar „Forderungen, die wegen ihrer besonderen Zweckbestimmung nur gerade gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger erfüllt werden können" [4]). So kann auch der Anspruch aus einem Darlehnsversprechen nicht in der Weise an einen Dritten abgetreten werden, daß dieser Dritte an Stelle des Versprechensempfängers

---

1) Vgl. Regelsberger, S. 416/17.
2) Vgl. Regelsberger, S. 416/17.
3) Vgl. Lübbert, S. 374 ff.
4) Oertmann, a. a. O. § 399, 1 a.

dessen Rechtsstellung dem Versprechenden gegenüber einnimmt. Denn durch die Abtretung würde der Dritte berechtigt, den realen Hauptvertrag an Stelle des Versprechensempfängers mit dem Versprechenden abzuschließen. Hierdurch würde notwendigerweise der Dritte Schuldner des Versprechenden werden und infolgedessen auch die Verpflichtung zur Rückgabe der Darlehnsvaluta übernehmen. Die Folgen einer Abtretungsmöglichkeit würden für den Darlehnsversprecher unter Umständen recht schwerwiegende sein. Er wäre nämlich der Gefahr ausgesetzt, das Darlehn einer unbekannten, ja sogar kreditunwürdigen Person auszahlen zu müssen, sodaß die Rückzahlung in Frage gestellt wäre. Von dem Widerrufsrecht des § 610 BGB. könnte er nicht einmal Gebrauch machen, denn danach muß eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen ein und derselben Person eingetreten sein, und zwar nach Abschluß des Darlehnsversprechens. Hier kommen aber verschiedene Personen in Betracht.

Daß die Möglichkeit einer Zession die Sicherheit des Verkehrs erheblich gefährden würde, dürfte wohl ohne weiteres einleuchten. Denn gerade beim Darlehnsvertrage spielt die Persönlichkeit eine bedeutende, wenn nicht gar ausschlaggebende Rolle. Es dürfte sich kaum jemand finden, der mit einer in schlechten Verhältnissen lebenden, vertrauensunwürdigen Person eine Darlehnshingabe vereinbaren würde.

Demnach bedeutet ein Wechsel in der Person des Gläubigers aus dem Versprechen eine Veränderung der Leistungspflicht des Schuldners, was zur Folge hat, daß gemäß § 399 BGB. eine Abtretung des Anspruchs des Gläubigers unzulässig ist.

Eine andere Frage aber ist es, ob nicht von dem Anspruch aus dem Darlehnsvorvertrag der bloße Anspruch auf Auszahlung der Darlehnsvaluta getrennt werden kann und insoweit die Möglichkeit der Zession gegeben wäre.

Während Enneccerus[1]) die Abtretung in diesem Falle für gültig erklärt, „wenn nur die Auszahlung der Darlehnssumme an den Zessionar erfolgt und dadurch der Darlehnsvertrag mit dem Empfänger des Darlehnsversprechens abgeschlossen wird", wird von anderen zutreffend eine Abtretung des Anspruchs auf Auszahlung der Summe für unmöglich gehalten, weil ein solcher Anspruch garnicht bestehe. So sagt Oertmann[2]): „Ein nacktes Recht auf Summenzahlung kann also, weil nicht bestehend, nicht übertragen werden, sondern nur gemeinsam mit dem Recht auf Empfang des Geldes als Darlehen, dem Anspruch aus dem Vorvertrag. Dieser ist aber wegen seiner Zweckbestimmung unübertragbar".

Nehmen wir an, der bloße Anspuch auf Auszahlung der Valuta sei der Abtretung fähig, so würde das voraussetzen, daß dem Versprechensempfänger der Anspruch auf Auszahlung der Valuta schlechthin zustände. Dies entspricht aber nicht den Vereinbarungen aus dem Vorvertrage. Der Empfänger des Darlehnversprechens hat nur Anspruch auf Auszahlung der Valuta als Darlehn, d. h. gegen das Versprechen der Rückgabe und etwaiger Verzinsung. Fehlt das Rückgabeversprechen bei Entgegennahme der Valuta, so kann überhaupt kein Darlehn zur Entstehung kommen.

Eine Abtretungsmöglichkeit des Anspruchs auf bloße Summenzahlung ist also nicht vorhanden.

Auch die Praxis vertritt grundsätzlich diese Auffassung. So heißt es in einer Entscheidung des Reichsgerichts[3]): „Ein Anspruch des Zessionars dahin, daß er lediglich ein eigenes Recht auf Auszahlung der Summe, der Zedent dagegen die Verpflichtung der Rückzahlung habe, kann nicht durch die Zession des Anspruchs aus einem bloßen Versprechen der Gewährung eines Darlehns an den Zedenten

1) Lehrb. d. Bürgerl. Recht § 302 III, 1 a.
2) § 399, 1 a, ε
3) RG. 32, 366.

erworben werden, weil für den Zedenten selbst ein Recht, den Geldbetrag abgelöst von seiner Eigenschaft einer Hingabe credendi causa zu empfangen, aus jener bloßen Zusage der Gewährung eines Darlehns nicht entstanden ist, daher auch nicht ein s o l c h e s losgelöstes Recht, also ein nacktes Recht auf Summenzahlung, übergegangen sein kann".

In einer anderen Entscheidung [1]) gibt das Reichsgericht allerdings die Möglichkeit der Übertragbarkeit lediglich des Anspruchs auf Auszahlung der Darlehnsvaluta zu. Begründend sei hier die Vereinbarung der Vertragsschließenden, wonach durch Auszahlung des Betrages seitens des Darlehnsgebers an den „Zessionar" der „Zedent" Schuldner des Darlehnsgebers werden, dem Dritten aber ein Recht auf die Auszahlung des Geldes an ihn verschafft werden solle.

Während hier also der Vertragswille der Parteien eine Abtretung zuläßt, hat nach einer weiteren Entscheidung des Reichsgerichts [2]) der künftige Darlehnsschuldner kein Recht, einen Anspruch auf eine bestimmte Geldzahlung schlechthin abzutreten, weil für ihn ein derartiger Anspruch gar nicht bestehe. Wohl habe er einen Anspruch auf eine solche Summe, wenn er zugleich Darlehnsschuldner des Zahlenden werde. Einen derartigen Anspruch könne er abtreten. Eine solche Abtretung schließe immer die E r m ä c h t i g u n g [3]) des Zessionars in sich, die Auszahlung des Geldes für den Zedenten als den zukünftigen Darlehensschuldner entgegenzunehmen. Selbstverständlich könne dabei die Abtretung in diesem Sinne durch stillschweigende wie durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen werden, sodaß dann der zweite Fall des § 399 BGB. vorliege.

1) RG. 66, 361.

2) RG. 68, 356.

3) Auch Oertmann, (§ 499, 1 a, ε) gibt zu, daß man die Wirkungen einer solchen Konstruktion auf einfacherem Wege erreichen könne, nämlich durch Anweisung und unwiderrufliche Vollmacht, „mit denen alle berechtigten Bedürfnisse befriedigt werden können".

Aus allem ergibt sich mit genügender Deutlichkeit, daß der Anspruch des Entleihers aus dem Darlehnsvorvertrage in keiner Weise der Abtretung fähig ist.

Zu einem anderen Ergebnisse gelangen wir beim Darlehnsvertrag in seiner Konstruktion als Konsensualkontrakt. Hier kommt der Vertrag nicht durch Hingabe, sondern durch Einigung zustande. Aber erst mit der Hingabe entsteht die Rückgabepflicht, nicht schon bei Abgabe und Annahme des Versprechens. Einen Darlehnsvorvertrag gibt es nach der konsensualen Lehre nicht, er ist selbst der Darlehnsvertrag. Wenn es sich nach der Realvertragstheorie bei der Hingabe um eine Leistung aus einem Versprechen handelt, sieht die Konsensualvertragstheorie in der Hingabe eine Leistung, die zum Zwecke der Erfüllung des Darlehnsvertrages gemacht wird. Die Auszahlung erfolgt also solvendi causa, nicht obligandi causa. Hieraus ergibt sich für den Darlehnsempfänger in seiner Stellung als Gläubiger das Recht, seinen Anspruch abzutreten.

Vom Standpunkte der Konsensualkontraktstheorie bleibt hingegen der Versprechensemfänger immer zur Rückleistung verpflichtet, da die Uebernahme der Verpflichtung zur Rückerstattung bereits vor Hingabe begründet ist.

Es ist an dieser Stelle noch besonders einzugehen auf den sog. Baugeldervertrag, da von den Vertretern der Konsensualkontraktstheorie die Unzulässigkeit der Zession auch bei diesen Verträgen anerkannt wird[1]). Worin besteht zunächst das Wesen des Baugeldervertrages? Darin, „daß sich der Baukapitalist als der eine Kontrahent verpflichtet, ein Baukapital zwecks Errichtung eines Baues zu leisten, wogegen der Bauherr als Darlehnsnehmer die Verpflichtung übernimmt, das Baugeld in zweckentsprechender Weise zur Bauaufführung zu gebrauchen. Das

1) Vgl. hierzu Regelsberger, a. a. O. S. 419: „Nach dem Zweck des Baugelddarlehns ist jede Abtretung der Forderung des Baugeldnehmers, aber auch jede Anweisung auf sie ausgeschlossen, wenn dadurch die Geldmittel für die Ausführung des Baues entzogen würden".

von dem Kapitalisten geleistete Geld stellt sich aber nur dann als „Baugeld" im Sinne des Gesetzes dar, wenn es neben der Zweckbestimmung eine dingliche Sicherung erhält" [1]). Das ergibt sich klar und eindeutig aus § 1 Abs. b des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909, wo es heißt: „Baugeld sind Geldbeträge, die zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines Baues in der Weise gewährt werden, daß zur Sicherung der Ansprüche des Geldgebers eine Hypothek, Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück dient oder die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues erfolgen soll".

Es kann hier nur insoweit auf dieses „Produkt des modernen Wirtschaftslebens" eingegangen werden, als der unmittelbare Zusammenhang mit unserer Arbeit es erfordert, der aber dadurch gegeben ist, daß auch der Baugeldervertrag seiner rechtlichen Natur nach sich als ein Darlehnsvorvertrag darstellt, ein Vertrag, der seinerseits einen anderen — den Hauptvertrag — vorbereitet, und dieser ist eben auf Aushändigung der Baugelder gerichtet. Auf diesem Standpunkt steht denn auch die Mehrheit der juristischen Schriftsteller, die das Wesen des Baugeldervertrages tiefer ergründet haben, vor allem Deschamps [2]), Heilborn [3]) und Friedländer [4]), letzterer mit der die Sache nicht berührenden geringfügigen Abweichung, daß er ihn zu einem pactum sui generis stempeln will. Daß es sich beim Baugeldervertrag regelmäßig um einen echten Darlehnsvorvertrag handelt, ergibt ja klar die Darlehnshingabe: geht ihr doch die Übernahme der Verpflichtung zur Leistung seitens des Baukapitalisten voraus. „Der Baukapitalist verpflichtet sich jedoch nicht, alsbald und sogleich

1) Vgl. Strzybny, a. a O. S. 2.
2) Vgl. DJZ. Jahrg. 10 S. 903.
3) Zentralbl. f. freiwill. Gerichtsb. 6. Jahrg. S. 612.
4) Vgl. Seufferts Bl. R. A. S. 195, 514.

in vollem Umfange zu zahlen. Die Darlehnshingabe erfolgt vielmehr in Ratenzahlungen, die nach dem Fortschreiten des Baues fällig werden [1])". Daß dem so ist, erklärt sich aus den besonderen wirtschaftlichen Verhältnissen, die dem Baugeldervertrage ihr Gepräge aufdrücken. Die reale Sicherheit für die sukzessiv anwachsende Darlehnssumme ist der entsprechend aus der Erde wachsende Bau.

In engem Zusammenhange mit der Frage der Abtretung steht die Frage, ob der Hingabeanspruch aus dem Darlehnsvertrage vererblich ist. Vor allem kommt hier die Individualität des Erblassers in Betracht. Aus der Eigenschaft des Anspruchs als eines höchstpersönlichen ergibt sich die Unvererblichkeit mit notwendiger Folge. Der Darlehnsversprecher wird also nicht verpflichtet sein, den realen Darlehnsvertrag mit den Erben abzuschließen, da der Hingabeanspruch nur an die Kreditwürdigkeit des Erblassers geknüpft war.

Weiter ist die Frage nach der Pfändbarkeit des Hingabeanspruchs aus dem Darlehnsvorvertrage zu entscheiden. Nach § 851 Abs. 1 ZPO. unterliegt eine Forderung nur insoweit der Pfändung, als sie übertragbar ist. Nun ist nach der oben vertretenen Ansicht der Anspruch des Gläubigers aus dem Darlehnsversprechen auf keine Weise abtretbar. Infolgedessen ist dieser Anspruch auch keiner Pfändung unterworfen. Aber einschränkend bestimmt § 851 Abs. 2 ZPO., daß eine nach § 399 BGB. nicht übertragbare Forderung insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden kann, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist.

Wir sehen in dem Darlehnsvorvertrag einen Vorvertrag zu einem später abzuschließenden Realvertrage. Die dem Vorvertrag innewohnenden Verpflichtungen gehen nicht ohne weiteres auf Auszahlung der Valuta, sondern auf Mitwirken beim Darlehnsvertragsabschluß. Der „geschuldete

---

1) Vgl. Strzybny, a. a. O. S. 19.

Gegenstand". ist also das „contrahere", eine Zusammensetzung von „res" und „consensus". Kann nun dieser Gegenstand, das „contrahere" überhaupt der Pfändung unterliegen?

Nach § 808 ZPO. können Geld und andere vertretbare Sachen gepfändet werden, nicht aber Willenserklärungen. Wohl kann man zur Abgabe von Willenserklärungen verurteilt werden (§ 894 ZPO.), nie aber sind sie der Pfändung unterworfen, da diese nur an geldwerten Gegenständen möglich ist.

Die Bestimmung des § 851 Abs. 2 ZPO. gelangt hier also nicht zur Anwendung.

Anders nach der Konsensualkontraktstheorie; hier kann der Anspruch aus einem Darlehnsversprechen abgetreten werden, folglich stehen auch hier einer etwaigen Pfändung des Hingabeanspruchs keine Bedenken entgegen.

Nicht ganz zweifelsfrei ist in der Rechtsprechung besonders die Frage der Pfändbarkeit der sich aus dem Baugeldervertrage ergebenden Verpflichtungen, insoweit sie die Person des Kapitalisten betreffen, geblieben. Diese in Literatur und Judikatur heiß umstrittene Frage ist wiederholt in widersprechendem Sinne entschieden worden. Bemerkenswert ist hier eine Entscheidung des Reichsgerichts [1]), die eine Pfändung deshalb für unmöglich hält, weil hierdurch das Baugeld seiner Zweckbestimmung entfremdet würde. Doch schließt die letztere keineswegs aus, daß das Baugeld nach Vollendung des Baues der Pfändung unterliegt, da sich ja hier eine „Zweckbestimmung" erübrigt. Eine befriedigende Klärung der Frage dürfte wohl gefunden sein durch eine sowohl der Verkehrsanschauung und den Bedürfnissen des Wirschaftslebens als auch den Anforderungen juristischer Denkungsweise in gleicher Weise Rechnung tragende Lösung, die Oertmann [2]) gefunden hat, wenn

---

1) ERG. Bd. 38 S. 211.

2) Hellwig-Oertmann, System d. CPO. Bd. II, S. 357.

er schreibt: „Der entscheidende Grund ist vielmehr der, daß der Geldnehmer auf Grund des Baugeldervertrages gar keinen Anspruch auf einen Geldempfang hat, sondern nur auf Empfang zum Darlehn, d. h. in wesentlicher, untrennbarer Verbindung mit einer damit zu übernehmenden Pflicht zur demnächstigen Rückleistung. Er ist also wirtschaftlich, im Grunde auch rechtlich durch den Baugeldvertrag nicht bereichert, und es würde zu einer ungerechten Besserstellung des Pfändungsgläubigers führen, wenn dieser sich einseitig aus einer Forderung seines Schuldners befriedigen dürfte, die in dessen eigener Hand gar kein selbständiges Vermögensaktivum darstellte. Er würde das höchstens können gegen gleichzeitiges Erbieten der Annahme des Geldes als Darlehen, d. h. unter eigner Verbindlichkeit zur Rückerstattung, womit ihm nicht im mindesten gedient sein dürfte. Aber unmöglich kann der bloße Anspruch auf Abschluß des Realvertrages sich in der Hand des Vorstreckungsgläubigers in den wirtschaftlich und rechtlich ganz andersartigen Anspruch auf einfache Geldzahlung verwandeln".

§ 5. Der Anspruch auf Annahme des Darlehns.

Aus der zweiseitigen Natur des Darlehnsvorvertrages ergeben sich auch Verpflichtungen beider Parteien. Wie für den Geber eine Gebundenheit zur Hingabe besteht, so gibt es eine solche für den Nehmer zur Annahme. Letzteres allerdings nur dann, wenn der Geber an der Annahme interessiert ist, wenn er sich z. B. eine verzinsliche Kapitalanlage schaffen will. Weigert sich nun der Darlehnsnehmer, das vereinbarte Darlehn in Empfang zu nehmen, so fragt es sich, ob der Darlehnsnehmer auf Grund des Vorvertrages zur Annahme gezwungen werden kann, also mit einer Klage auf Erfüllung, oder ob für ihn nur eine Pflicht zur Schadensersatzleistung besteht. Die Meinung darüber ist geteilt.

Das allgemeine preußische Landrecht [1]) sieht zwar eine Annahmepflicht — aber nur für das schriftlich versprochene Darlehn — vor, versagt aber die Klagbarkeit des Anspruchs grundsätzlich und gibt dem Berechtigten lediglich eine Schadensersatzforderung. Auch Dernburg[2]) läßt eine Klage auf Erfüllung, also auf Abschluß des Darlehnshauptvertrages und Annahme der Darlehnssumme nicht zu, da „ein solcher Zwang zur Entnahme von Geld nach der Verkehrsanschauung befremdend wäre". Es entspreche auch der Absicht der Parteien bei Eingehen des Geschäftes, daß eventuell nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden könne.

Besteht aber irgend ein Anlaß, uns nur der Klage auf Schadensersatz zuzuwenden und damit die Erfüllungsklage fallen zu lassen? Mag auch letztere Klage praktisch seltener vorkommen, so besteht doch kein Recht, sie ohne weiteres auszuschalten. Aus dem Vertrage kann jedenfalls auf Empfang der Valuta geklagt werden (Crome, Schuldverh. II, 2 § 247 Abs. 27). Auch haben die angeführten Einwände gegen die Erfüllungsklage auf Annahme des Darlehns für das Bürgerliche Gesetzbuch durchaus keine Beweiskraft (siehe Oertmann, a. a. O. § 610, 1 b).

Grundsätzlich ist also Klage auf Erfüllung gegeben, daneben Anspruch auf Schadensersatz. Letzterer dürfte besonders dann geltend gemacht werden, wenn man es mit einem widerwilligen, säumigen Gegner zu tun hat. Die Aufdrängung eines Darlehns an einen widerwilligen Gläubiger würde mangels des gerade hier erforderlichen Vertrauens kaum noch von großem Interesse sein, sodaß praktisch für den Schuldner des Darlehnsvorvertrages nur der Anspruch auf Schadensersatz aus § 286 BGB. in Frage kommt. Beharrt der Geber trotz Anerbietens von Zinsen und des sonstigen Interesses von seiten des Nehmers auf

---

1) ALR. Teil I Titel 11 § 658.
2) Bürgerl. Recht II, 2 § 236 II.

Annahme, so würde dies als eine schikanöse Rechtsausübung anzusehen sein, die nur den Zweck haben kann, dem Empfänger Schaden zuzufügen. Ein derartiger Klageanspruch würde abzuweisen sein.

Zu untersuchen ist nun, ob die Geltendmachung des Annahmeanspruchs im Zwangswege möglich ist. Nach § 888 ZPO. wäre eine Zwangsmaßregelung schon denkbar. Danach könnte der Schuldner im Falle der Nichtannahme durch Geldstrafe oder Haft zur Annahme gezwungen werden. In der Praxis dürfte aber eine solche zwangsweise durchgeführte Klage doch nur dann vorkommen, wenn der Darleiher ein Interesse daran hat, daß gerade diese bestimmte Person das Darlehn nehmen soll, deren Kreditwürdigkeit ihm vielleicht für eine gut verzinsliche Kapitalanlage Garantie leistet. Ist irgend ein Interesse für den Darleiher vorhanden, so muß er bemüht sein, den Abschluß des Darlehnsvertrages zu erlangen. Er strengt daher eine Klage gegen den Entleiher an, die sich auf Einwilligung in die Annahme richtet. § 894 ZPO. läßt eine solche Klage zu, indem auf Grund einer Fiktion die Willenserklärung für abgegeben gilt, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Die Folge ist, daß der Entleiher, wenn auch gegen seinen Willen, als in die Annahme einwilligend gilt. Glaubt nun der Nehmer die Rechtskraft des Urteils dadurch umzustoßen, daß er das reale Moment der Hingabe bezw. Annahme ausschaltet, also die angebotene Darlehnssumme nicht annimmt, so kann der Darlehnsgeber die Valuta hinterlegen (§ 372 BGB.) und die Verfügung über diesselbe dem Nehmer überlassen. Der Darlehnsvertrag wäre somit praktisch durchgeführt, mit der Wirkung, daß der Nehmer von nun ab verpflichtet ist, Zinsen zu zahlen. Die Kündigung allein bietet ihm noch einen Weg, sich des Darlehns zu entledigen.

Zur Erreichung dieses Zieles stehen jedoch dem Darlehnsgeber noch andere Mittel zur Verfügung.

Vernachlässigt der Darlehnsnehmer seine Pflicht zur Annahme, so gerät er nicht nur in Annahmeverzug, sondern

auch, da die Annahme als Leistung infolge Mitwirkens beim Vertragsschluß anzusehen ist (dies ergibt sich aus der gegenseitigen Natur des Darlehnsvorvertrages), in Leistungsverzug[1]).

Die Voraussetzungen für Annahme- oder Gläubigerverzug finden sich in den §§ 293 und 294 BGB.:

„Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt". „Die Leistung muß dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden". Voraussetzungen sind demnach: gehöriges Anerbieten durch den Schuldner und Nichtannahme durch den Gläubiger. Dagegen ist nach Bürgerlichem Gesetzbuch nicht, wie dies nach der für das Gemeine Recht herrschenden Ansicht der Fall war, der Eintritt des Annahmeverzuges von dem Verschulden des Gläubigers abhängig. Liegt vielmehr ein Verschulden des Gläubigers vor, so ist aus dem Wortlaut des § 285 BGB. zu entnehmen, daß Leistungsverzug gegeben ist.

Da der Darlehnsvorvertrag in der Regel ein gegenseitiger Vertrag ist, so folgt, daß bei Nichtannahme der Darlehnsgeber von dem Entleiher wegen Verzuges nach § 326 BGB. sofort Schadensersatz verlangen oder vom Vertrage zurücktreten kann, nachdem die ihm zur Bewirkung der Leistung gestellte Frist abgelaufen ist.

Meistens wird aber schon im Vorvertrage eine Frist zur Annahme vereinbart. In diesem Falle steht bei nicht rechtzeitiger Annahme dem Darlehnsgeber sofort, ohne eine weitere Frist zu stellen, das Rücktrittsrecht zu. Dies kommt besonders dann vor, wenn sich für den Entleiher aus dem Vorvertrage die Pflicht zum Abholen des Geldes ergab und er dies vernachlässigt hat.

Leistungsverzug liegt, wie gesagt, dann vor, wenn der Darlehnsnehmer schuldhafterweise die

1) Auch aus einer reichsgerichtlichen Entscheidung (RG. 57, 403) ist zu ersehen, daß Annahme und Leistungsverzug durch eine Handlung bewirkt werden können.

die Nichtannahme herbeiführt, beim Gläubigerverzug hingegen kommt es auf ein Verschulden des Entleihers garnicht an; ein solches ist nur erheblich bei Verletzung seiner schuldnerischen Verpflichtung zur Annahme.

Ein sehr häufig angewandtes Beispiel für Gläubigerverzug ist das von Eck[1]) angeführte: A begibt sich mit dem B zu leistenden Darlehnsgelde zum B. Dieser gerät infolge unverschuldeter Nichtannahme in Gläubigerverzug. Währenddessen wird dem A das Geld geraubt. A glaubt nun, daß ihm durch die Nichtannahme der Verlust entstanden sei und verlangt deshalb vollen Schadensersatz.

Hier liegt also der Fall so, daß den Annahme Verweigernden keine Schuld trifft. Infolge subjektiver Unmöglichkeit ist er zur Annahme nicht bereit. Gleichwohl befindet er sich in Gläubigerverzug. Bedingung dafür ist, daß ein tatsächliches Angebot erfolgt und dieses nicht angenommen ist. Verschulden in der Nichtannahme ist nicht notwendig. Nach der herrschenden Meinung liegt, abgesehen von besonderen Fällen, insbesondere der Zulassung des sog. „Verbalangebots" dann ein gehöriges Angebot vor, wenn dem Gläubiger die richtige Leistung am rechten Ort und zur richtigen Zeit angeboten wird. In unserem Beispiele handelt es sich um eine Bringschuld. Danach „hat der Schuldner sich zum Gläubiger zu begeben und ihm die geschuldete Sache so anzubieten, daß der Gläubiger nur zuzugreifen braucht, um die Sache zu bekommen[2])".

Wie erfolgt aber das tatsächliche Angebot?

Von welcher Bedeutung die Entscheidung dieser Frage ist, zeigt sich vor allen Dingen bei der wichtigsten Folge des Verzugs des Darlehnsnehmers: nämlich bei dem Übergang der Gefahr, d. h. infolge des Annahmeverzuges wird der Darlehnsgeber bei zufälligem Untergang von seiner Verpflichtung befreit und zwar in der Weise, als ob er

1) Eck, „Vorträge über das Recht des BGB." Bd. I, S. 239.
2) Planck, a. a. O. § 294 Anm.

bereits geleistet habe. Er braucht also nicht mehr den Abschluß des Darlehns herbeizuführen, behält aber trotz Unmöglichkeit seiner Leistung den Anspruch auf Gegenleistung.

Bei Erörterung des Gefahrüberganges ist es nicht ohne Bedeutung, ob man die zu überbringende Darlehnssumme als Gegenstand einer Gattungs- oder Speziesschuld ansieht, ob der Darlehnsgeber die vereinbarte Summe mit anderem Gelde vermischt bei sich trägt, oder ob er sie ausgesondert von anderem Gelde anbieten will.

Nach § 300 Abs. 2 BGB. ist bei Gattungsschulden — mit einer solchen haben wir es ja zu tun — zum Annahmeverzug und damit zum Übergang der Gefahrtragung auf den Gläubiger das tatsächliche Angebot der Sache Voraussetzung. Wie aber bei Gattungsschulden das Angebot zu geschehen hat, darüber herrschen geteilte Ansichten.

Nach der einen Meinung genügt zum Übergange der Gefahr schon ein wörtliches Angebot, nur ein Bereitsein zur Leistung. Eine vorherige Aussonderung aus der Gattung wird nicht gefordert [1]). So sagt Warschauer [2]): „Zum Gefahrübergang bei Gattungsschulden nach § 300 Abs. 2 BGB. ist Aussonderung nicht erforderlich".

Die andere Auffassung [3]) dagegen verlangt Konzentration durch wirkliche Aussonderung vor Erstattung des Angebots. Die Leistung muß sowohl dem Gegenstand als dem Orte als der Zeit nach so angeboten werden, wie sie geschuldet wird [4])". Sie muß sich genau auf die im Vorvertrage vereinbarte Geldsumme beschränken.

Wenn wir bedenken, daß für die Feststellung der Erfüllungsmöglichkeit keine bestimmten Richtlinien gezogen

---

1) Windscheid, a. a. O. Bd. II, § 345.

2) Warschauer, „Tatbestand des Annahmeverzuges" Dissertation Breslau 1902.

3) Oertmann, a. a. O. § 300 An.; Crome, Bürgerl. Recht S. 154; Planck, a. a. O. S. 105/06.

4) Planck, a. a. O, S. 105/06.

sind und daß die Feststellung der tatsächlichen Voraussetzungen Sache der Prüfung des einzelnen Falles ist, so ist u. E. die letztere Ansicht wohl die richtige. Es kann nicht geleugnet werden, daß die von der generischen Seite vertretene Meinung in Praxis eine gefährliche Unsicherheit im Verkehrsleben hervorrufen würde. Denn die Erklärung des Schuldners, daß angeboten sei, wäre garnicht kontrollierbar. Der Schuldner würde aus dem gleichen Vorrat dem einen wie dem anderen Gläubiger anbieten, sie sämtlich in Gläubigerverzug setzen und sich nach Belieben an jedem derselben schadlos halten können. Daher muß im Interesse des Gläubigers, der für den zufälligen Untergang der vergeblich angebotenen Gattungsschuld verantwortlich ist, gefordert werden, daß die angebotene Leistung in specie erkennbar ist.

Wir dürfen also wohl behaupten, daß die Gefahr nur dann übergeht, wenn eine ganz bestimmte, von anderem Gelde getrennte Geldsumme angeboten ist.

Die Notwendigkeit der Konzentration ergibt sich auch aus folgendem: § 279 BGB. schreibt vor, daß der Schuldner sein Unvermögen zur Leistung aus einer Gattung selbst dann zu vertreten hat, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Dies bedeutet zuweilen für den Schuldner eine Härte. Das Gesetz ist ihm deshalb zu Hilfe gekommen, indem es in § 243 Abs. 2 bestimmt: „Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache". Das „Erforderliche" besteht aber bei Bringschulden in dem Aussondern und Anerbieten der Leistung. So wird aus der Genusschuld eine Speziesschuld, infolgedessen die Haftung des Schuldners sich auf diese bestimmte Leistung beschränkt.

Auch das Gesetz scheint das Erfordernis wirklicher körperlicher Ausscheidung aus der Gattung aufzustellen, wenn es in § 300 Abs. 2 BGB. von „Annahme einer angebotenen Sache" spricht im Gegensatz zu § 293 BGB.,

wo es sich des Ausdrucks „angebotene Leistung" bedient. Es dürfte wohl nicht zu leugnen sein, daß der Begriff „Sache" etwas anderes, bedeutet als „Leistung". Unter „Sache" versteht man eine individuell bestimmte Leistung, und nur eine solche kann dem Wortlaut des Gesetzes nach angeboten und angenommen werden.

Zuweilen kann auch an Selle des tatsächlichen Angebots ein wörtliches Angebot des Darlehnsgebers treten, daß er zur Leistung bereit sei. So begnügt sich § 295 BGB. mit einem wörtlichen Angebot der Leistungsbereitschaft, wenn der Schuldner den Mangel seiner Bereitwilligkeit zur Annahme der Darlehnsvaluta erklärt hat. Viel häufiger aber ist es der Fall, daß ein wörtliches Angebot zur Geltung kommt, wenn es sich um eine Holschuld handelt. Hier ist der Darlehnsnehmer verpflichtet, das Darlehn beim Geber in Empfang zu nehmen. Für den Geber besteht keine Pflicht, sich dabei zu betätigen, abgesehen davon, daß er den Nehmer auffordert, den Darlehnsvertrag durch Abholen des Geldes abzuschließen. Ist eine bestimmte Frist zum Abholen der Summe festgesetzt, so bedarf es noch nicht einmal einer Aufforderung von seiten des Gebers. Holt der Nehmer das Darlehn nicht ab, so gerät er ohne weiteres in Annahmeverzug.

Noch wäre die Frage zu erörtern, ob auch bei Holschulden Konzentration in dem angegebenen Sinn Voraussetzung des Gläubigerverzuges ist.

Aus § 295 BGB. ergibt sich, wie bereits ausgeführt wurde, daß bei Holschulden ein wörtliches Angebot genügt, um den Gläubiger in Verzug zu setzen. Auch hier ist es erforderlich, daß der Schuldner die bestimmte Darlehnssumme ausscheidet und diese dem Gläubiger wörtlich anbietet. Damit wird das Schuldverhältnis auf diese Sache konkretisiert und geht deshalb auch hier im Falle des Verzuges die Gefahr auf den Gläubiger über. Das zum Gefahrübergang das Angebot von zu diesem Zweck aus der Gattung ausgeschiedenen Einzelstücken notwendig ist, mag es sich um Bring- oder Holschulden handeln, ist auch aus dem

Wortlaute des § 300 Abs. 2 BGB. zu entnehmen. Das Reichsgericht steht auf selbigem Standpunkt. So sagt es in einer Entscheidung [1]): „Das Anbieten muß allerdings, wie mangels einer besonderen Vorschrift in § 300 Abs. 2 anzunehmen ist, nicht unter allen Umständen ein tatsächliches, sondern kann beim Vorhandensein der im § 295 BGB. angegebenen Voraussetzungen auch ein bloß wörtliches sein. Für ungenügend ist jedoch ein — wenn auch zeitlich nach der Ausscheidung der Sache liegendes — allgemeines Bereiterklären zur Lieferung zu erachten. Vielmehr muß dem Gläubiger erkennbar gemacht werden, daß die Ausscheidung der Sache stattgefunden hat, und daß die ausgeschiedene Sache ihm angeboten wird" [2]).

Wir gelangen hiermit zu dem Ergebnis, daß der Darlehnsgeber erst dann von der Gefahrtragung frei wird, wenn er die ausgeschiedene Sache als solche dem Gläubiger wörtlich angeboten hat.

Kehren wir zu unserem Beispiele zurück, wo B durch unverschuldete Nichtannahme des ihm von A angebotenen Geldes in Annahmeverzug geriet, währenddessen dem A das Geld geraubt wird.

Hat der A die Darlehnssumme mit anderem Gelde vermischt bei sich getragen, so muß er, da Gattungsschuld vorliegt, nach § 279 BGB. sein Unvermögen zur Leistung, obwohl ihn keine Schuld trifft, selbst vertreten und hat gegen den B keinerlei Ersatzansprüche. Hat er hingegen durch Aussonderung des Geldes seine Gattungsschuld in eine Speziesschuld umgewandelt und dem B ein tatsächliches Angebot gemacht, so trägt wie wir gesehen haben, der B die Gefahr, d. h. er wird von seiner Verpflichtung dem A gegenüber nicht frei. Er muß also die Gegenleistung machen, obschon er von dem A nichts mehr zu fordern hat.

Crome [3]) macht hier einen Unterschied zwischen dem „periculum obligationis" und dem „periculum rei". Während

1) RG. Bd. 57, S. 404.
2) Vgl. auch Oertmann, a. a. O. § 300, Abs. 3 b.
3) Crome, Bürgerl. Recht II. Bd. 1, S. 170/71.

er unter „periculum rei" die Gefahr der untergegangenen Sache selbst versteht, die stets der Eigentümer zu tragen habe („res perit domino"), sieht er in dem „periculum obligationis" die Gefahrtragung des ganzen Vertragsverhältnisses, für dessen Erfüllung der Nehmer trotz Untergangs des Geldes hafte. Letzterer ist also verpflichtet, auf Grund des Darlehnsvorvertrages den Hauptvertrag innezuhalten, also die Gegenleistung zu machen, wenn auch die Leistung des Gebers unmöglich geworden ist.

Gerade hier macht sich so recht der praktische Unterschied zwischen Real- und Konsensualkontraktstheorie bemerkbar.

Nach der Konsensualkontraktstheorie besteht die Gegenleistung in der Darlehnsrückgabe. Hieraus folgt, daß B die Gefahr zu tragen hat. Er muß dem A also die Darlehnssumme, obschon nicht empfangen, mit eventuell vereinbarten Zinsen zurückerstatten.

Zu entgegengesetztem Ergebnis gelangt die Realkontraktstheorie. Hier besteht die Gegenleistung nicht in der Rückgabe, sondern in der Annahme des Darlehns. Der Rückgabeanspruch besteht erst mit der Darlehnshingabe.

Durch den Untergang der Valuta ist die Leistung des A unmöglich geworden. Der B ist daher nicht in der Lage, seine Leistung, die ja in der Annahme des Geldes besteht, zu bewirken, was zur Folge hat, daß er von seiner Verpflichtung frei wird. Der Darlehnsgeber muß also den Schaden selbst tragen, er hat keinerlei Ansprüche gegen den Darlehnsnehmer.

Schon unser Rechtsempfinden spricht dafür, daß es unbillig wäre, wenn bei unverschuldeter Nichtannahme der Darlehnsnehmer den Schaden tragen sollte. Wäre allerdings der Verzug schuldhafterweise von ihm herbeigeführt worden, so wäre eine Schadensersatzleistung des Darlehnsnehmers wegen schuldhafter Verletzung seiner Verpflichtungen aus dem Darlehensvorvertrag selbstverständlich.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich, Ludwig v. Berswordt, zu Neheim a. d. Ruhr am 22. August 1893 als Sohn des verstorbenen Rentners Peter v. Berswordt und seiner Ehefrau Eva, geb. Schultheis und katholisch getauft. Meinen ersten Unterricht erhielt ich auf der höheren Schule Neheim, sodann besuchte ich das Friedrich-Wilhelms-Gymnasium in Cöln, das ich zu Beginn des Krieges zwecks Eintritts in das Heer mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich trat in das I.-R. 28 Coblenz ein, von wo ich infolge einer mir im Dienst zugezogenen Krankheit Herbst 1916 wieder entlassen wurde. Mich dem Studium der Rechtswissenschaft zuwendend, besuchte ich die Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn, nachdem ich dort Ostern 1915 immatrikuliert worden war. Ostern 1920 beendete ich daselbst mein Studium. Während meines Aufenthalts auf der Universität Bonn hörte ich u. a. die Vorlesungen der Professoren Crome, Zitelmann, Stutz, Krüger, Landsberg, Schreuer u. Heimberger an.